

«RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO»

María Laura Durandau



El tema que se desarrollará en esta exposición es la articulación del instituto de resolución alternativa de conflictos con un sistema de justicia juvenil, compatible con un Estado de Derecho, en el marco del modelo de protección integral consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El plan a seguir debe consistir en analizar distintos elementos: en primer lugar, el rol de la justicia penal en un Estado de Derecho, luego, un sistema de justicia juvenil a la luz del modelo de protección integral de los derechos del niño y en tercer lugar, la resolución alternativa de conflictos.

I. La concepción del Derecho Penal en el Estado de Derecho. El Derecho Penal de mínima intervención

Al estudiar la fundamentación del ejercicio del ius puniendi del Estado, y al revisar las teorías tanto retribucionistas, utilitaristas como también abolicionistas, se valora la teoría del garantismo penal, o de mínima intervención.

Este modelo implica una nueva forma de concebir el ejercicio del ius puniendi del Estado. Se entiende que este derecho que tiene el Estado a aplicar una pena es violencia que se ejerce en forma legítima. En la teoría del garantismo penal, este derecho es ejercido por el Estado en forma acortada y en función del grado de violencia que genera el delito en la sociedad. Limita así al Estado en la cantidad de violencia con que puede en consecuencia reaccionar en el ejercicio de este derecho. Se debe entonces también valorar cómo la sociedad puede responder si el Estado no ejerce este ius puniendi. Así, la mínima intervención del Estado, en su cantidad y en su especie, se desprende de la necesidad de ejercer este derecho a aplicar pena en forma legítima y en relación con la violencia mayor que su no intervención puede generar por parte de la sociedad, a los fines de la solución del conflicto.

Significa entonces que todas aquellas conductas que no representan graves infracciones a las personas o a los bienes, deben quedar fuera del sistema judicial penal, y pueden ser resueltas por otras formas de solución de conflictos. Se presenta así la posibilidad de dar una respuesta menos violenta por parte tanto del Estado como de las partes.

Su fundamentación filosófica y política es expuesta por Luigi Ferrajoli, que en su libro

«Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal»¹, propone una reformulación del modelo «garantista» penal actual. Esta reformulación, explica, se debe a la crisis por la cual atraviesa el modelo de justicia actual, tanto por la ilegitimidad e injusticias provocadas como por la inadecuación del modelo o por las lesiones a las garantías individuales que ocurren.

Luego de un exhaustivo estudio, primero epistemológico y luego axiológico del derecho penal, llega Ferrajoli a una teoría de un garantismo penal efectivo, sin dejar de lado en ningún momento los conceptos de Estado de Derecho, Democracia, Derechos Fundamentales, Libertad, Igualdad y Garantías jurídicas.

Al concluir la obra, y luego de revisar los conceptos de democracia formal y democracia sustancial, Ferrajoli expresa:

«...No sólo la democracia garantiza las luchas por los derechos, sino que éstas garantizan a su vez la democracia: una ofrece a las otras los espacios y los instrumentos jurídicos, que son esencialmente los derechos de libertad, y las otras aseguran a los derechos y a la democracia los instrumentos sociales de una tutela efectiva y alimentan su desarrollo y su realización. A contrario, una confirmación de ello es la intolerancia frente a toda forma de conflicto y la consiguiente ineffectividad de los derechos fundamentales en los regímenes totalitarios: allí donde el estado se asume como expresión orgánica de la sociedad y directo depositario de fines y valores, es claro

que no podrá dejar de excluir los antagonismos políticos y sociales y las consiguientes transformaciones como otros tantos valores y atentados contra su existencia.

...Es claro que las libertades, incluso cuando se ejercitan individualmente, equivalen siempre a formas de contrapoder. Pero sólo cuando se ejercen colectivamente dan vida a contrapoderes sociales basados en la directa e igual participación de sus titulares y, por ello, dotados de fuerza de presión, negociación y control en condiciones no sólo de orientar a los poderes institucionales hacia la satisfacción de los derechos reivindicados, sino también de impedir sus degeneraciones autoritarias. Sin semejante fuerza social externa al sistema político, ningún poder institucional puede permanecer, a largo plazo, a salvo de tentaciones y degeneraciones autoritarias. Por más perfeccionadas que estén, las formas de la democracia representativa y del estado de derecho son impotentes por sí solas para vincular a los poderes públicos y privados y para impedir que éstos –mediante rupturas manifiestas o regresiones latentes– se acumulen en formas absolutas y se hagan permeables a las necesidades y a los correspondientes derechos»².

Vemos aquí una serie de conceptos que se articulan en esta nueva teoría del garantismo penal, que son un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales, con sus poderes institucionales afines, una democracia representativa que se identifica con la puesta en

¹ Ferrajoli, Luigi *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, 2da. Edición.

² Idem. Ant. Pág. 946/948.

marcha de la efectividad de estos derechos por parte de los poderes políticos, y una democracia sustancial, equivalente a la efectiva participación de los ciudadanos «dotados en fuerza de presión, negociación y control».

Dentro del modelo de justicia penal de mínima intervención, se observa la clara presencia de los ciudadanos ejerciendo un rol más activo que el acostumbrado dentro de las instituciones políticas constituidas para que se configure un Estado de Derecho. Es esta «democracia sustancial» la que permite la introducción del nuevo instituto de la resolución alternativa de conflictos, la actividad directa de las personas en solucionar sus conflictos en el marco de ciertas pautas que hacen legítima su resolución.

II. La nueva justicia juvenil en el modelo de protección integral de los derechos del niño

El modelo de protección integral de los derechos del niño surge con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño,³ adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.⁴

La ratificación de la CIDN por casi la mayoría de los países es un instrumento vinculante para aquellos estados que se comprometieron legalmente a su cumplimiento. A su vez, otros instrumentos internacionales integran este modelo, de carácter más específico. Su obligatoriedad se desprende al ser la expresión de la comunidad mundial, por lo que se debe estar a su aplicación al momento de interpretar los tratados y los diseños de las políticas de los estados. La costumbre internacional de su aplicación, por otra parte, los convertirán también en instrumentos vinculantes.⁵ Estos instrumentos son:

1) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, llamadas Reglas de Beijing;⁶

2) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad;⁷

3) Las Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, o Directrices de Riad.⁸

General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1959; c) y el Año Internacional del Niño en 1979, declarado por la Comisión Internacional sobre los Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

³ Cfr. BELOFF, Mary, *La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno*, en ABREGUIM-COURTIS, C., compiladores, *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, CEIS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Editores del Puerto, Bs. As., 1997.

⁶ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 29 de noviembre de 1985.

⁷ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 2 de abril de 1991.

⁸ Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1990.

³ En adelante la CIDN o Convención, la cual entró en vigencia para el derecho internacional el 2 de septiembre de 1990, de acuerdo al procedimiento establecido en su artículo 49.

⁴ Los antecedentes directos de la Convención en cuanto a instrumentos o acuerdos internacionales en relación con el reconocimiento de los Derechos de la Infancia son, históricamente: a) la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño, instrumento de la Sociedad de las Naciones, del 28 de febrero de 1924; b) la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea

La Convención, como instrumento internacional de derechos humanos, si bien es el último en reconocer estos derechos a los niños, niñas y adolescentes luego de los diferentes pactos internacionales que han positivizado los derechos de los hombres en general y de grupos en particular, en su art. 41 abre la puerta a la aplicación de «todas las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño». Recoge así los derechos de los ciudadanos que se fueron reconociendo y garantizando a través de los instrumentos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el caso de Latinoamérica, se complementan a su vez con la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que crea instancias supranacionales: la Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención sólo puede ser pensada como instrumento de cambio en la forma de concebir la infancia y sus derechos en un Estado Democrático, en el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, no como mera fórmula conceptual, sino como en una verdadera introducción de reconocimiento y ejercicio efectivo de sus derechos y una participación activa de éstos en la vida ciudadana.

Básicamente, para aquellos países que han ido adecuando su legislación interna a la CIDN, significa pasar de un modelo anterior de «situación irregular» que definía a los 'menores' como objeto de tutela-compasión-represión, a la co-

nocida doctrina o modelo de la «protección integral» de los derechos del 'niño' como sujeto pleno de derechos.

Las principales características del modelo de protección integral de los derechos del niño son los siguientes:⁹

- la promoción y defensa de los derechos de este sector de la población a fin de que estos no ingresen en el sistema penal;
- el deber de la familia, la comunidad y/o el Estado de reestablecer el ejercicio efectivo de un derecho que se encuentre amenazado o violado a través de mecanismos o procedimientos tanto administrativos como judiciales;
- la distinción de las funciones y competencias de las políticas sociales de la política criminal; se establece la descentralización y regionalización/municipalización para la promoción y defensa de los derechos de la infancia, organizados a partir de la responsabilidad del Estado y la sociedad civil conjuntamente;
- se abandona la noción de «menores» como sujetos definidos de manera negativa por lo que no tienen, les falta, no saben o no son capaces, y se los define como sujetos plenos de derechos;
- se desjudicializan las cuestiones relacionadas a la falta o carencia de recursos materiales, como así se desjudicializan, en lo posible, ciertas conductas en el ámbito penal;

⁹ Cfr. BELLOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en *Infancia, Ley y Democracia*. (GARCIA MENDÍEZ, Emilio y BELLOFF, Mary, comps, Ed. TEMIS De Palma, Bogotá Buenos Aires, 1998),

- las medidas de protección en caso que el derecho de un niño se encuentre amenazado no significan restricción de derechos ni privación de su libertad;

- reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales en caso de ser sospechados en la comisión de un delito;

- la comisión de un delito, comprobado a través de un sistema de responsabilidad juvenil, tiene como consecuencia jurídica un catálogo de sanciones, que van desde la amonestación al régimen de semilibertad o internamiento;

- la privación de libertad es una medida que se aplicará de ultima ratio, por el tiempo más breve y siempre determinado, configurándose entonces la privación de libertad como lo alternativo y las demás sanciones como las principales.

Desde este modelo, sólo es posible construir un sistema de responsabilidad penal juvenil basado en los principios del derecho penal mínimo.

El modelo de la protección integral de los derechos del niño se enfrenta a la forma de intervención estatal en el modelo de la «situación irregular», en donde el niño era un incapaz, absoluto o relativo, de ser responsable de sus acciones, por lo que se habilitaba la intervención del Estado en su carácter más agresivo para ser juez y parte de un conflicto determinado. En el modelo de la «situación irregular», el Estado actuaba coactivamente¹⁰ en la vida de los niños «abandonados o en peligro

moral o material» y de aquellos que hubiesen infringido la ley penal, y más específicamente en aquellos infractores que se encontraban abandonados o en peligro moral o material». Su intervención coactiva se daba en la vida de aquellos niños que tenían sus derechos violados por parte del Estado al no hacerseles efectivos a través de las políticas públicas correspondientes. Es decir, ante la irresponsabilidad del Estado de efectivizar los derechos de los niños, los declara a estos también irresponsables, e interviene coactivamente en sus vidas, en flagrante violación de las garantías sustanciales y procesales de las que son titulares en un Estado de Derecho.

El modelo de protección integral posee una lógica distinta. No sólo se responsabiliza al Estado, sino también a la comunidad y a la familia a fin de reconocer, proteger y efectivizar los derechos de los niños. Estos, a su vez, son responsables de sus acciones cuando infringen una ley penal, y gozan de todas las garantías sustanciales y procesales que se reconocen a los adultos en un Estado de Derecho, más un plus de derechos que se les otorga por su condición de niños.

En relación con los jóvenes que infringen una ley penal, la Convención establece un sistema de responsabilidad penal juvenil, que abarca desde la desjudicialización de ciertas conductas que importan un tipo penal, un proceso respetuoso de las garantías de un Estado de

¹⁰ Cuando se habla de forma coactiva se vuelve a la idea de la violación de las garantías constitucionales de los niños por parte de este poder político, aún cuando se pregone la «protección del menor».

Derecho para aquellos que son sometidos a juicio, la declaración de responsabilidad penal del joven, hasta la aplicación de un catálogo de sanciones. Dentro de esta secuencia, la inserción de la resolución alternativa de conflictos se manifiesta en diversos momentos del proceso judicial.

III. El sistema de responsabilidad penal juvenil y la resolución alternativa de conflictos

Corresponde ahora, conocido el sistema de responsabilidad penal juvenil que surge del modelo de protección integral, analizar cómo se inserta el instituto de la resolución alternativa de conflictos.

La CIDN reconoce a los niños como sujetos de derechos. Esto significa, como expone García Mendez en *«Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia»*¹¹, darle al niño el reconocimiento de su status de ciudadano, capaz de participar en las decisiones que se toman a su respecto, como titular de sus derechos. El art. 12 de la Convención recoge este concepto como el «derecho a ser oído» en todas las instancias administrativas y judiciales. Y si se entiende que el poder judicial es un

poder político¹², este sujeto pleno de derechos debe ser oído en todo ámbito de poder político.

Alessandro Baratta realiza una interpretación del art. 12 en *Infancia y democracia*¹³, en relación al alcance que debe tener este derecho.

En primer término, analiza el supuesto contrato social existente entre los que conforman un Estado, la relación democrática que se produce entre sus sujetos activos, y explica que esta relación puede ser tanto social como política. Así, la relación social corresponde a la que se establece en las instituciones de la sociedad civil, mientras que la relación es política cuando se realiza con los poderes políticos del Estado.

Desarrolla entonces el debate sobre el rol del niño en su relación política. Esto se debe a que la figura jurídica que representa a quien se relaciona «políticamente» con el Estado, es la del ciudadano. Como bien lo remarca Baratta, y dentro de una visión restrictiva de la ciudadanía, «...En su forma integral ella presupone la vigencia, de derecho y de hecho, de principios y normas constitucionales propias del estado social y democrático de derecho, y la titularidad de todos los derechos fundamentales que caracteriza esta forma de Estado, incluyendo aquellos políticos y de participación

¹¹ En *Infancia, Ley y Democracia* (GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary, comps, Ed. TEMIS De Palma, Bogotá Buenos Aires, 1998), García Mendez, pag.25, manifiesta categóricamente: "...La Convención no es sólo una Carta Magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es, además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos".

¹² Ferrajoli, en *Derecho y Razón...*, ob. op. cit. hace hincapié en esta concepción del poder judicial como parte del poder político.

¹³ En GARCÍA MENDEZ-BELOFF, comps., *Infancia, ley y democracia...*, ob. Op. Cit., pags. 31 y ssqtes.

política».¹⁴ Expresa además que la democracia política no puede llevarse a cabo sin la efectivización de la democracia social.

El conflicto se presenta cuando ocurre que ciertos grupos de sujetos, como ser los niños, niñas y adolescentes, no poseen el pleno ejercicio de los derechos políticos, y se menoscaba su status de ciudadano.

Así, al interpretarse restrictivamente el art. 12 de la CIDN, este derecho (que se complementa con otros de la Convención) que comprende el derecho a que el niño forme un propio juicio, a que exprese su opinión, y a que sea escuchado, se verá limitado por las fórmulas «en función de la edad y madurez del niño» y en «todo procedimiento judicial y administrativo».

Solamente se podrá hacer efectivo este derecho, y para erradicar definitivamente al paternalismo que implica el modelo de la «situación irregular», si se interpreta este artículo de forma globalizada, para lo cual la efectivización de los derechos está condicionada por la participación y ejercicio de los derechos políticos.

Por ello, y en primer lugar corresponde que los niños, niñas y adolescentes tengan una participación activa en la democracia social,¹⁵ esto es, en las relaciones con las instituciones civiles de la sociedad, reafirmando el status de ciudadano, para abrir paso a la participación activa también en la democracia política.

De esta forma, se debería interpretar el derecho a la expresión del niño en todo «procedimiento administrativo» en un sentido extenso, que abarque las relaciones tanto formales como informales que se produzcan entre un adulto-ciudadano y un niño-ciudadano.

A su vez, se establece en la CIDN la obligación de los Estados de poner en práctica estos derechos reconocidos en este instrumento legal, y obliga a que los mismos se efectivicen no sólo a nivel nacional, sino también a nivel regional y comunitario. Así se debe interpretar: el rol de la democracia sustancial: la necesidad de los ciudadanos en ejercer un contrapoder frente a los representantes de la democracia sustantiva en la toma de decisiones (basándonos en las palabras ya mencionadas por Ferrajoli) y su participación «frente a toda forma de conflicto».

Por ello, se concluye que la decisión de incorporar las formas alternativas a la resolución de los conflictos en la justicia juvenil se desprende de una interpretación armoniosa de la Convención, (el status de ciudadano y sujeto de derechos que ésta le reconoce a los niños, niñas y adolescentes y el Derecho Penal de mínima intervención). Los niños son sujetos plenos de derechos, capaces de participar de la democracia directa o democracia social. Ésta supone la participación de los ciudadanos en la resolución de sus conflictos al creer en la mínima intervención del Estado en el ejercicio coactivo de sus funciones. Se obliga entonces a encontrar «alternativas a la resolución de los conflictos».

¿Cuál es el rol de los niños (y debería ser de todos los restantes ciudadanos) en esta lógica

¹⁴ Ob. Ant. Cit. Pag. 42.

¹⁵ Por democracia social se entiende la efectivización de la participación del ciudadano en las instituciones de la sociedad civil.

de participación de una democracia directa? Los niños tienen el derecho a hacer goce de sus derechos económicos, sociales y culturales, de participar en toda cuestión que los atañe, desde la conducción de sus intereses en la escuela, el barrio, su municipio, etc. A su vez, se los reconoce capaces de cierta responsabilidad y, estipulada una edad, de una responsabilidad penal al cometer infracciones a la ley penal.

Es obvio que esta participación puede estar limitada al pleno ejercicio directo de los niños en una forma de democracia representativa (el conocido tener voz pero no voto), pero no significa que por ello no tengan ni voz ni voto. Por otra parte, esta limitación en el ejercicio de sus derechos no es absoluta. Cada Estado establece ciertas pautas de valoración y de efectivo ejercicio, pero, toda vez que el niño tiene el derecho a ser oído, y que la Convención establece como principio fundamental el «interés superior del niño», la voz del niño y su «interés superior» deben ser interpretados armoniosamente y siempre con el fin de la máxima satisfacción de todos sus derechos. Concluye entonces que la voluntad de este niño-ciudadano, no es meramente escuchada, sino que debe ser efectivizada.

Pero a su vez, existe un mandato del Derecho Internacional expresado en medidas procesales y sustantivas que obliga a los Estados ratificantes a insertar esta forma de resolver conflictos en donde los jóvenes son procesados por la comisión de un delito, de manera alternativa al uso de la violencia que genera una sanción, especialmente las privativas de libertad.

Es importante señalar esta distinción entre medidas procesales y sustantivas, toda vez que esta resolución alternativa del conflicto puede producirse antes de la judicialización del conflicto, antes del proceso o del juicio que declare la responsabilidad penal del joven, lo que manifiesta el carácter sustantivo de esta resolución; o puede producirse con un carácter procesal, al establecerse la resolución alternativa como conciliación, o suspensión del juicio o pena, o como forma de sanción.

El Derecho Internacional establece entonces la resolución alternativa de conflictos en:

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño:

Art. 37: Los Estados Partes velarán porque:

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve posible.

Art. 40:

3) Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas... y en particular...

b) Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4) Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orienta-

ción y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Regla mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing):

I. Orientaciones Fundamentales.

1.3 Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas correctas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

11. Remisión de Casos.

11.1 Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente.

11.2. La Policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de

delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.

17. Principios rectores de la sentencia y resolución.

17.4 La autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento.

18. Pluralidad de medidas resolutorias.

18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamiento en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una amplia diversidad de decisiones, algunas de las cuales pueden aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:

- a) ordenes en materia de atención orientación y supervisión;
- b) libertad vigilada;
- c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;
- d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;
- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;

h) otras órdenes pertinentes.

25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1 Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar.

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)

I. Principios Fundamentales:

5. Deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. La política y las medidas de esa índole deberán incluir...

6. Deben desarrollarse servicios y programas con base en la comunidad para la prevención de la delincuencia juvenil, sobre todo si no se han creado todavía organismos oficiales. Sólo en último extremo ha de recurrir a organismos formales de control social.

III. Prevención general

9. Deberán formularse en todos los niveles del gobierno planes generales de prevención que entre otras cosas comprendan: (...)

f) participación de la comunidad mediante una amplia gama de servicios y programas;

g) estrecha cooperación interdisciplinaria entre los gobiernos nacionales, estatales, provinciales y municipales, con la participación del sector privado, de ciudadanos representativos de la comunidad interesada y de organismos laborales, de cuidado del niño, de educación sanitaria, sociales, judiciales y de los servicios de ejecución de la ley en la adopción de medidas coordinadas para prevenir la delincuencia juvenil y los delitos de los jóvenes:

h) participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y asistencia a las víctimas;

VI. Legislación y administración de la justicia de menores.

58. Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargados de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal.

La característica principal de la resolución alternativa de conflictos es el restablecimiento de la paz jurídica lesionada, a través de nuevos caminos para superar la comisión del hecho, una reconstrucción constructiva por parte del Estado y la sociedad frente al delito, en donde las partes intervinientes se confrontan y confrontan el conflicto. Así, y en base al modelo que se expuso sobre la protección integral, los jóvenes inmersos en un proceso judicial bien pueden intervenir, expresarse y ser oídos, en esta forma de resolución del conflicto.

Así, al presentarse la resolución alternativa de conflictos como un camino alternativo para superar la comisión de un hecho, manifestándose como una solución alternativa frente a la sanción penal, lleva implícita una minimización de la violencia por parte del Estado y una apropiación de los conflictos por parte de la sociedad. Esta sociedad entonces es capaz de analizar las relaciones que en ella se producen y las obligaciones que tanto ella como la familia y el Estado poseen y que surgen de la CIDN. Es decir, al introducirse la comunidad (a través de la víctima o a través de un grupo que facilite la conciliación o la reparación del daño), ésta se enfrentará no sólo con su responsabilidad en la resocialización del joven infractor sino también en su responsabilidad previa de hacer efectivos los derechos de la Infancia.

Indudablemente, cuando se piensa en resolución alternativa de conflictos, se piensa en un grado de respuesta de la comunidad menos violenta que la que podría resultar de un proceso contradictorio que finalizaría en una pena. Para ello, por el grado de vulnerabilidad de de-

rechos que significa un proceso penal, al formularse éste, se establecen una serie de garantías sustanciales y procesales que el imputado tiene frente al poder coercitivo del Estado.

Al hablar de resolución alternativas de conflictos en la Justicia Penal, el primer aspecto que se debe analizar es el respeto de las garantías del imputado en el proceso.

Comienza esta cuestión con una lesión a un bien jurídico, sigue con un proceso con garantías estipuladas, y finaliza con una compensación entre el autor y la víctima que va más allá de la regulación del daño y ofrece la posibilidad de rebajar las cargas emocionales de la víctima, y restituir la cosa a su estado anterior, en el caso que sea posible.

El punto más importante de tener en cuenta, al insertar este nuevo instituto en la justicia penal juvenil (y por supuesto no sólo juvenil), es el respeto a las garantías sustanciales que se consagran en las constituciones políticas de los países como en instrumentos internacionales, y que básicamente son:

- el principio de inocencia: siempre que se analiza la posibilidad de la inserción de la resolución alternativa de conflictos en un sistema de justicia respetuoso de las garantías del Estado de Derecho este principio es el más cuestionado. Esto sucede porque la resolución alternativa puede realizarse antes del juicio de responsabilidad (es decir, mientras que la persona es considerada inocente) o como forma alternativa de sanción (esto es, una vez que una sentencia quebró el estado de inocencia de la persona al encontrarlo responsable de un hecho que infringe la ley penal);

- el principio de defensa en juicio: lo cual no significa que solamente debe operar en los casos que la cuestión llegue a juicio, sino que la asistencia letrada debe serle garantizada en todo proceso, ya sea judicial o extrajudicial;

- el principio de legalidad: ya que si bien al hablar de resolución alternativa de conflictos se piensa en cierta «informalidad», esto no es lo debido, ya que este tipo de resolución también debe estar pautado y reglamentado;

- el principio de culpabilidad por el acto: respetándose los alcances del hecho generador, al establecerse la respuesta que conlleva la resolución del conflicto;

- el principio de humanidad: este es, quizá, el que primeramente pareciera mostrarse, ya que la resolución alternativa de conflictos se origina como forma menos generadora de violencia. Sin embargo, no se debe olvidar que la violencia que presupone reducir este instituto generada por parte del Estado, no puede ser apropiada por la sociedad, ya que volveríamos a los tiempos de la venganza privada o la justicia por mano propia.

La resolución alternativa de conflictos puede llevarse a cabo a través de procesos extrajudiciales, en los que se presenta mucho antes de la imposición de pena sobre la persona imputada (en algunos ordenamientos legales, no se llega a elevar a juicio el conflicto, o se procede a la suspensión del juicio, se realiza la conciliación, y una vez concluida la prestación del autor, y dependiendo de la regulación de cada caso, se extingue la pena), y en otros ejemplos normativos, la compensación entre las partes acompaña una atenuación de la pena. A

su vez, la posibilidad de que esta resolución alternativa se produzca puede estar condicionada por la legislación de cada Estado, en el grado de violencia que el conflicto signifique. Así, podrá condicionarse su implementación para ciertos delitos y otros no, o por el monto de pena que importe el delito que el conflicto configura.

Pero el punto más importante sigue siendo el relacionado con el principio de inocencia. En los casos de prescindirse la pena, muchas veces significa la declaración de culpabilidad sin declaración de pena. No se refiere esto al caso en que la reparación, como forma menos violenta, sea integrada al sistema de la pena, sino que ésta se produzca antes. Lo que esto refleja en sí es un juicio ético-político de disvalor del injusto cometido, y que se relaciona con los fundamentos de prevención general de la pena.

IV. Problemas sobre la intervención de los jóvenes en procesos de resolución alternativa de conflictos

Son muchas las críticas cuando se habla de resolución alternativa de conflictos en la justicia, en relación con las negociaciones entre las partes y, específicamente en la justicia penal, entre autor y víctima.¹⁶

Primeramente, la parte más vulnerable está menos capacitada para recibir y analizar infor-

¹⁶ Sobre este punto, confrontar FISS, Owen M. *Contra el acuerdo extrajudicial*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, abril de 1998, pags. 59/70

mación sobre el proceso conciliatorio o de resolución del conflicto, sus ventajas y desventajas con respecto a su posición. En segundo lugar, esta posición en desventaja está más condicionada a aceptar una conciliación, como forma de ver su derecho restablecido más rápidamente, y, como tercer punto, la parte más vulnerada puede verse forzada a acordar porque, de no hacerlo, se vería más desfavorecido por su condición humilde para enfrentar un proceso.

Esto en el derecho penal juvenil se puede ver claro, en el hecho que el joven, por si, por edad o por experiencia, puede verse como parte más vulnerable y más probable de ser manipulada por las partes más fuertes del proceso.¹⁷ Cuando hablamos de manipulación, estamos hablando de la probabilidad que un joven sea conducido a resolver su conflicto en ausencia de un juicio contradictorio, y que, por las circunstancias del caso, de ser llevado a juicio, al mismo le corresponda una absolución. Bien se podría decir que para ello, el joven cuenta con una defensa técnica, pero hay que tener en cuenta tres aspectos importantes:

1) En la región latinoamericana, el porcentaje mayor de jóvenes cuyas conductas son perseguidas penalmente, proviene de sectores que viven en pobreza, o, como marcan algunas estadísticas, «de extrema pobreza». Significa esto que su defensa será asumida por el Ministerio

Público de la Defensa local que, por la cantidad de casos que llevan (producto directo de la cantidad de procesos criminales que se llevan contra personas de bajos o muy bajos recursos), esté más inducido a solucionar el conflicto sin que se llegue a juicio;

2) Prosiguiendo con las características de la región, y la difícil implementación de un sistema respetuoso de las garantías de los niños y jóvenes, algún sector todavía resistente al modelo de protección integral, puede malinterpretar el contenido de la resolución alternativa de conflictos, y utilizar cierta informalidad para imponerle al adolescente una medida correctora de su conducta, aún cuando en el proceso no se tengan las pruebas suficientes para lograr una formal acusación.¹⁸

3) El joven prefiere afrontar una resolución alternativa de conflictos antes que afrontar un proceso judicial que sentencie su absolución, ya que, por sus circunstancias personales, le será menos costoso y engorroso lo primero.

Otra crítica importante que se efectúa a este sistema, y que se refiere no sólo al ámbito de la justicia juvenil, sino al ordenamiento jurídico en general, es que lo que se logra no es un ideal de justicia, sino una aproximación de ella, y más precisamente una solución pacífica al conflicto que puede no presumirse como justa.

Para contestar a esta posición debemos retrotraernos a la idea del Derecho Penal míni-

¹⁷ Baratta hace referencia que en la lucha por los derechos de la infancia (y en comparación con la lucha por la reivindicación de derechos de otros grupos sociales), no es una lucha propia sino que depende de un discurso y del actuar de los adultos, en *Infancia, y Democracia*, GARCÍA MENDEZ-BELOFF (comps) ... ob.op. cit. pág. 45.

¹⁸ En algunos sistemas de justicia juvenil, los jóvenes pueden no estar privados de libertad mientras se les sigue el proceso penal, pero se les puede imponer alguna medida alternativa a este estado de detención que importan una asunción directa el hecho cometido, y que viola el principio de inocencia.

mo, y, en especial, nuevamente a la noción de democracia sustancial: si corresponde al Estado en todos sus representantes (ejecutivos, legislativos y judiciales) ser los poseedores de los ideales y valores de todos los ciudadanos o, si les corresponde a éstos una participación que vaya marcando los cambios sociales (tanto como políticos) y que éstos luego devenguen en cambios jurídicos.

Es claro que las posiciones encontradas en el sistema de resolución alternativa de conflictos son válidas, y que su inserción en la justicia juvenil no da respuestas al respecto (aún este instituto se inició en el Derecho Penal juvenil, quizá por ser más aceptada o tolerada por ciertos grupos que esta forma blanda de respuesta recaiga sobre los infractores de menor edad). Sin embargo, es de hacer notar, que las fallas de un sistema alternativo de resolución de conflictos se agravan cuando se tiene como parte a un sector vulnerable en sus derechos y más fácil de manipular, lo cual seguirá demostrando la falta de respeto al nuevo modelo de protección integral. Pero hay que recordar que, aquello que violenta las garantías en un modelo de protección integral de los derechos del niño tiene el mismo fundamento de la violación de las garantías en un modelo de «situación irregular»: carencia o falta de políticas públicas que efectivicen el goce de los derechos de la infancia, efectivo goce de los derechos económicos, sociales, culturales, etc.

V. Consideraciones finales

Hay varias consideraciones que efectuar en este nuevo tipo de resolución alternativa de los conflictos en el que participan los jóvenes en un sistema de justicia juvenil a la luz del modelo de protección integral de los derechos del niño.

Sin embargo, es oportuno señalar un ejemplo en la región latinoamericana que sirve para comprender cómo este sistema de resolución alternativa de conflictos puede ser interpretado en el marco de los derechos del niño. El ejemplo es El Salvador.

La Ley del Menor Infractor de la República de El Salvador, en su art. 5° establece entre las garantías fundamentales, «...k) a que se procure un arreglo conciliatorio.»

En su capítulo V, establece el Proceso Conciliatorio, el cual refiere: «Art. 59- Procedencia. Admiten conciliación todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos de la sociedad.»

Este amplio criterio en el que son posibles de Conciliación todas las infracciones que puedan cometer los jóvenes, puede sorprender al ver cómo ciertos delitos graves (muy poco probables de ser conciliados en países donde surge este instituto), son llevados a conciliación. La respuesta es simple: El Salvador vivió 12 años de conflicto interno que culminó con los Acuerdos de Paz de 1992, momento en que comienza la reconstrucción del Estado democrático, visualizándose la necesidad de bajar el grado de violencia que tanto tiempo sufrió.

Así, la Conciliación es una herramienta que los Fiscales de Menores tienen la obligación de

hacer prosperar (lo que en algunos casos importó un menoscabo a los derechos de la víctima), pero que se radicó como forma de resolver los conflictos que provenían de la conducta de los jóvenes.

Una estadística brindada por el Departamento del Menor Infractor de la Fiscalía General de la República de El Salvador (1997), marca que durante el año 1996, en la región central de San Salvador, de los 3.090 expedientes abiertos¹⁹ durante el año 1996, 231 expedientes no se promovieron por haber conciliado, es decir, un 22% de los casos se conciliaron antes de promover la acción.²⁰

Otra de las manifestaciones de la resolución alternativa de conflictos que se produjo en El Salvador, y que no comportó necesariamente la existencia de un caso procesal sino una anterior resolución del conflicto, fue un Acuerdo entre una comunidad, empresarios de una empresa de microómnibus y representantes de una pandilla juvenil. El mismo data del 13 de abril de 1997, y en él, los miembros de la comunidad, los empresarios de transportes y representantes de la pandilla (o Mara) Salvatrucha, se comprometieron a brindar un buen servicio de

transporte y a evitar robos a sus pasajeros. Más allá que el presente acuerdo se haya mantenido vigente hasta la fecha o no, lo cierto es que, en un lugar y momento determinado, las diferentes voces de la sociedad se reunieron a fin de discutir sobre un problema en concreto, y buscar una solución acorde a sus posibilidades. Y la sola presencia de uno frente al otro significa una atenuación de la carga violenta de cada grupo.²¹

Es importante además señalar que el grado de participación comunitaria se fue manifestando en todos los ámbitos de las relaciones sociales, existiendo dentro de la Policía Nacional Civil, experiencias piloto de policía comunitaria, en donde los ciudadanos poseen una comunicación importante con los miembros de la fuerza de seguridad.

En El Salvador, el sistema de justicia juvenil enfrenta las críticas de un amplio sector de la sociedad que lo responsabiliza de la violencia que es percibida por los ciudadanos. Sin embargo, esta violencia que parece incrementarse en la sociedad se puede comparar a la que se percibe en la mayoría de los países de la región, y que tiene como factor principal el grado de pobreza en que viven amplios sectores sociales.²²

En este punto, y para finalizar, es preciso explicar una premisa básica para la imple-

¹⁹ El porcentaje se deduce de aquellos expedientes que sí podrían haber llegado a juicio, ya que de los 3.090 expedientes mencionados 547 eran faltas, 1.160 no se promovieron por falta de mérito, 180 no se prosiguió por mayoría de edad y 172 no se promovieron por haberse renunciado a la acción.

²⁰ Estadística recolectada del Departamento del Menor Infractor de la Fiscalía General de la República de El Salvador de 1997, en RIVERA, Sneider "La Nueva Justicia Penal Juvenil. La experiencia de El Salvador", UNICEF/ PNUD/ FESPAD y otros, San Salvador, 2ª edición, 1999, pag. 78.

²¹ El mencionado ejemplo también se puede apreciar en RIVERA, Sneider *La Nueva Justicia...*, ob. Op. Cit.

²² También en RIVERA, Sneider *La Nueva Justicia...*, se puede observar el análisis de las condiciones sociales del sector que comportan los niños, niñas y adolescentes.

mentación de este nuevo instituto. Cualquier sistema de Resolución Alternativa de Conflictos, dentro del hilo de la Justicia Juvenil, sólo es posible si los niños y jóvenes que son los actores en este proceso, son titulares reales de los derechos que les reconoce la CIND y las constituciones políticas de los países.

Así, sólo estará preparado para afrontar una conciliación o una reparación aquel cuyo (y en relación directa a lo expuesto en el punto anterior sobre los problemas de este instituto y a la participación del niño como ciudadano) grado de vulnerabilidad se encuentre tan disminuido, por la plena satisfacción de sus derechos, que pueda decidir libremente sobre la conveniencia o no de este proceso, que se encuentre apto para expresar sus decisiones y posiciones en la comunidad.

Así, se torna más que importante este «nue-

vo pacto de ciudadanía” que refiere García Méndez, en la participación directa de los jóvenes en la sociedad, y que debe ser ejercitada mucho antes que el joven se encuentre involucrado en un proceso penal. El niño y el joven, como sujetos plenos de derechos, deben ejercer, bajo la forma que cada Estado considere más conveniente, EN FORMA EFECTIVA, sus derechos y participar de la vida ciudadana en las diferentes relaciones sociales que van actuando.

Significa entonces que las políticas públicas que siempre se tomaron como meras directrices desarticuladas de la vida de los ciudadanos, se apliquen obligatoriamente en función de, no sólo el ejercicio de los derechos civiles, políticos, culturales y económicos de las personas, sino como garantía básica para la aplicación de los poderes coercitivos del Estado.